

LUIZ FUX*

*Desembargador TJ/RJ
Professor da EMERJ e da UERJ.*

INTRODUÇÃO

JULIUS KIRCHMAN, jus-filósofo do século XIX, comparava o mundo natural ao mundo jurídico através de uma imagem poética, ao confrontar as constantes mutações do direito, enquanto o sol, a lua e as estrelas mantinham o mesmo brilho desde a criação do universo.

O mundo jurídico também tem sua constelação onde sobrelevam como estrelas mais reluzentes a Lei e a Justiça.

A primeira corresponde, segundo MIGUEL REALE, à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem. A segunda resulta da aplicação prática do que dispõe a lei nas hipóteses em que se verifica a "irrealização espontânea" do direito, fenômeno histórico evidenciado por COUTURE. A intervenção da justiça fulcra-se, exatamente, na constatação de que, diante da recusa ao cumprimento das leis, impõe-se a mediação judicial coativa e soberana.

O notável mestre peninsular ENRICO TULLIO LIEBMAN, que se exilou no Brasil refugiando-se da perseguição nazista e em São Paulo fundou a nossa "escola processual brasileira", afirmava que "direito sem justiça" representava legar o respeito à ordem e à boa vontade dos homens; e "justiça sem direito" implicava dispor no "vácuo".

Esse amálgama entre a Lei e a Justiça, dois grandes astros do mundo que ora contemplamos, é a essência da "experiência jurídica",



<http://bdjur.stj.gov.br>

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 29 de novembro de 2001.
FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. **Revista da EMERJ**, v. 4, n.15, p. 142-156, 2001.

porquanto, consoante a lúcida percepção de RECASÉN SICHES, lançada na sua notável obra **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**, México, 1973, "a índole do direito positivo não está em construir um reino de idéias puras, válidas por si sós, abstraindo-se toda aplicação real a situações concretas da vida". Lei e Justiça, portanto, compõem as duas faces deste universo sobre as quais gravitam todos os fenômenos jurídicos.

Sob a ótica da natureza que enfeita o preâmbulo desta digressão, nos é permitido um primeiro passo na invasão do tema proposto, ao anunciar que resplandece no céu do terceiro milênio a "Era da Legitimidade", resultante das novas expectativas quanto à "lei e à justiça", emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos.

A crise hoje vivenciada tem dupla **ratio essendi**: a "dissintonia entre a lei e os anseios sociais" e a "ineficiência da realização da justiça".

A lei, como regra de conduta, no seu amplo espectro de regulação das atividades humanas, tem-se revelado afastada das expectativas da comunidade.

A justiça, por sua vez, se apresenta ineficiente e incapaz de cumprir o sumo postulado enunciado pelos jurisconsultos romanos de **perpetua voluntas unicuique suum tribuendi** (a vontade perpétua de dar a cada um o que é seu), quer pelas desigualdades que encerra, quer pela tardança da prestação jurisdicional, quer pela qualidade da resposta judicial.

Cada uma dessas questões deve ser enfrentada, para que se possa anunciar as perspectivas do mundo jurídico no limiar do terceiro milênio, que, na sua essência, residem na instauração da denominada



"Era da Legitimidade" encartada numa das "Eras do Direito", idealizadas pela notável cultura de NORBERTO BOBBIO.

A CRISE DA LEI

A crise da lei representa a "crise dos paradigmas". O modelo de legalidade liberal individualista revela-se ineficaz aos olhos da nova sociedade de massa. Magnífica transformação sofreu a concepção dos direitos desde a sua percepção jusnaturalista, fruto dos fecundos debates da Idade Média, transpassando o racionalismo decorrente da primazia do individualismo pregado pela Revolução Francesa e pela humanização das encíclicas papais contra os rigores do capitalismo, até desembocar na nova "Era dos Direitos" não mais individuais senão "coletivos ou supra-individuais".

Essa novel realidade jurídica reclama exaustivas regulações, a par das investidas existentes nesse segmento, com a tutela legal e judicial dos interesses difusos, na linguagem de PROTO PISANI. Destarte, a evolução socioeconômica fez exsurgirem os denominados "novos direitos" gerados em ambiente legislativo diverso daquele de outrora, inaugurando no cenário jurídico realidades imprevisíveis, situações surpreendentes. Ora são delitos novos, inimagináveis, e que escapam à sanção por força da anterioridade; ora situações humanas de convivência que rompem a ortodoxia do direito privado e que reclamam um tratamento humanizado pelo legislador; ora direitos que antes se situavam no plano meramente ideológico e que, hoje, ocupam espaço concreto nas esferas supra-individuais, como *v.g.*, o direito a um "meio ambiente saudável". Enfim, são "direitos surpreendentes", todos classificados por BOBBIO como de "terceira geração", que reclamam "o debruçar do legislador e o manto de uma nova ordem jurídica".



Nada obstante, urge, também, uma redefinição normativa que se identifique com as carências e necessidades cotidianas de cada grupo social, consoante as suas peculiaridades.

Em direito, nada pode ser genérico, nada pode ser global; consoante proclamavam os antigos: *ubi societas ibi ius*.

A tão decantada globalização, que encontrou no plano da arte e da estética um caminho de comunicação universal, que na literatura serviu à busca de uma linguagem única que servisse de ponto de encontro da humanidade, desde a tragédia grega de SÓFOCLES na Grécia Antiga, passando pelo teatro anglo-saxônico de SHAKESPEARE, pela lírica de CAMÕES, transitando pela maravilhosa prosa de MACHADO DE ASSIS ou aportando na sublime poesia de FERNANDO PESSOA, que inspirou os homens a navegar por imensos e desconhecidos mares, até iniciar a "navegação cibernética", através da qual a globalização das informações são recolhidas sem limites, sem restrições, sem controle e sem mando, esbarra no inatingível "Sonho Kantiano", pela instauração da ordem universal e da paz perpétua.

É que, mercê da impossibilidade de regular-se meios sociais diversos com o mesmo instrumental legislado, a globalização tem a sua face oculta onde encontra subterfúgio o objetivo inconcusso de submissão econômica dos fracos aos fortes.

As peculiaridades sociais de cada comunidade não encontram na globalização uma resposta às desigualdades, visto que não se pode regular de forma genérica a conduta de pessoas desiguais.

RUI, na clarividência de suas luzes, advertia que a efetivação do princípio isonômico impunha "tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais".



Desta sorte, a transição para uma nova juridicidade deve considerar a globalização do direito com reservas, porquanto se deslegitima quando alcança meios sociais nos quais gravitam valores ético-políticos diversos daqueles onde a norma global vai incidir.

Afinal, antiquíssima e a um só tempo atual, a lição de SALEILLES, in **Les Méthodes Juridiques**, ps. XXI-XXII: "O Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de toda a evolução jurídica".

Modernamente, tem-se a adequação da lei aos valores sociais da comunidade onde vai incidir como requisito de "eficácia" da ordem jurídica. A sociedade deve "viver o direito e reconhecê-lo", através de uma adesão racional ou mesmo por meio de um "assentimento costumeiro", como o denominou MAURICE HAURIOU, para que seja "formalmente válida e socialmente eficaz" a regra de direito.

JEHRING, em seu **L'Esprit du Droit Romain**, fundado nos antigos juristas, advertia que as leis deveriam se adaptar "às necessidades da vida e às exigências da sociedade".

Sobressai, assim, como expectativa do terceiro milênio, um "Pluralismo Jurídico", como novo paradigma do direito positivo. Não aquele supostamente progressista, de "teor democrático popular", através de ordens informais, eis que, como lembrado por WOLKMER, "à nossa tradição ético-cultural introjetada e sedimentada no inconsciente da coletividade e das instituições brasileiras repugna uma cultura jurídica informal com a total e absoluta ausência do Estado", mas um pluralismo que considere em perfeita interação o cruzamento interdisciplinar entre o Direito como fonte normativa oficial e o Poder Social. É o denominado "Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo", que parte de um "sistema de necessidades" envolvendo exigências valorativas, bens materiais e



imateriais como a vida, liberdade, justiça, e que variam de uma sociedade para outra.

Em suma, um direito coexistencial, fruto da vontade oficial e de seus consumidores.

Numa das mais recentes constatações de estudiosos do fenômeno jurídico, concluiu-se a necessidade de "simplificar o direito", considerando, exatamente, o meio social de sua efetivação. Isto porque, um direito inacessível sob a ótica de sua ininteligibilidade "arrasta a inacessibilidade à justiça", uma vez que um cidadão que desconhece os direitos que ostenta jamais poderá exercê-los em juízo ou fora dele.

JOHN MAYHEW, através do principal estudo empírico inglês a respeito desta aptidão pessoal do cidadão para reconhecer um direito e defendê-lo pelos meios disponíveis, denominado **Institutions of representation: Civil Justice ad Public**, concluiu que: "O conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica e é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento ao público". Na clássica conclusão da escola francesa de Quebec, referida por ABEL SMITH, "*le besoin d'information est primordial et prioritaire*".

Esta capacidade jurídica pessoal se relaciona com os recursos financeiros, diferenças de educação e **status** social, no dizer de CAPPELLETTI, razão por que o pluralismo que se preanuncia e se reclama para o terceiro milênio rompe barreiras ortodoxas para descortinar um mundo mais justo.

Sinteticamente, nesse ângulo ora examinado e numa visão perspectiva, o terceiro milênio, como "Era da Legitimidade", tem o compromisso ideológico de erigir um ordenamento que de forma simples e acessível contemple os novos direitos e consagre um "pluralismo jurídico-



participativo", em que as leis encerrem o sentimento de justiça generalizado na sociedade.

A CRISE DA JUSTIÇA

A crise judicial é a enfermidade mais grave do que a da lei, porquanto multifária nos seus sintomas. Aqui e alhures, a justiça, como instituição responsável pelo bem e pela felicidade através da intermediação dos conflitos intersubjetivos, alcançou graus alarmantes de insatisfação popular, quer pela sua morosidade, quer pela ineficiência das formas usuais de prestação judicial, quer pela qualidade das decisões. MAURO CAPPELLETTI viu esse grupo de deficiências, qualificando-as de "Barreiras de Acesso à Justiça". Este quadro atual infirma o desígnio maior da jurisdição que é a pacificação social, alimentando, por consequência, no âmago do cidadão comum, o desejo de "Vingança privada", forma primária de solução dos conflitos e cuja eliminação marcou o epílogo de uma luta secular na história da organização civilizada da sociedade, no dizer preciso de FREDERICO MARQUES.

Mister frisar-se que em todos os países do mundo de matiz romano-germânico como o nosso, preconizantes do sistema do *civil law*, a justiça é morosa, solene, custosa e, de regra, produz um resultado decepcionante aos olhos de seus consumidores.

CAPPELLETTI e BRYAN GARTH, professores em Stanford, no relatório acerca do acesso à justiça elaborado sob o título "*Justice for all*", informam que, na Itália, um processo tramita durante 500 dias na instância primeira e 700 dias no segundo grau. Na Espanha, malgrado a agilidade dos instrumentos inseridos na "*Ley de Enjuiciamiento Civil*", o processo não se finda antes de 3 anos. Idêntica lentidão vivência o processo francês que emprestou, genuinamente para o mundo, um exemplo de codificação que foi o primeiro **Code de Procédure Civile**.



Conforme se pode observar, não é peculiar ao nosso processo e à justiça brasileira a patologia da morosidade. E a razão histórica ressalta descortinada nos dias de hoje.

Os sistemas antes mencionados têm o substrato de suas origens e de seus princípios nas ideias iluministas que romperam com o absolutismo do Estado e seus organismos, para valorizar o "homem", na sua concepção individual. Segundo os teóricos do "século das luzes", o judiciário era uma parcela do superado Estado - Absolutista e a ele também se deveriam colocar as amarras necessárias para que os cidadãos não sofressem os desmandos e os arbítrios da magistratura. Essa suposta prepotência do judiciário vem estampada na concepção de ROUSSEAU, segundo a qual, o juiz representava um verdadeiro "ditador". Visando tolher a atuação da justiça sem limites, MONTESQUIEU preconizava que o juiz deveria ser apenas "*la bouche de la loi*", adstringindo-se a pronunciar as palavras da lei no caso concreto, sem torná-las realidade, imediatamente.

Esta tortuosa visão da função judicial, introjetada no século onde foram erigidos os princípios e os dogmas processuais reinantes até então, foi a responsável pela criação de liturgias, formas, garantias engessadoras da atuação do judiciário e, **a fortiori**, responsáveis pela lentidão da resposta judicial.

Um juiz que apenas se limita a declarar a vontade da lei, não a tornando efetiva de pronto, não faz mais do que concitar o vencido a cumprir o comando sem qualquer eficácia no plano fenomênico. A simples recusa em atender à decisão, impõe ao vencedor que se utilize de outro instrumento capaz de tornar realidade aquilo que consta da sentença. Logo, a exortação ao respeito à decisão ressoa aos ouvidos do leigo e do vencido como "mera divagação"... E o que a **vox populi** denomina de "sensação de impunidade".



Ademais, a autorização para que o judiciário apenas concite o vencido ao cumprimento da obrigação contida na decisão, explica, mas não justifica, o malogro da denominada "sentença condenatória".

Na sua essência, a condenação civil não é mais do que mera "declaração", como advertia LIEBMAN, no seu **Manuale di Diritto Processuale**, porque o juiz quando condena se limita a conclamar o vencido a cumprir a obrigação sob pena de execução. E o que é a execução senão um processo que visa a satisfação da parte vencedora e que, de regra, recai na frustração da ausência de resultado?

Mais uma vez a voz do povo proclama a ineficiência judicial, através de um de seus ditos, a saber: "o vencedor por vezes ganha, mas não leva..."

Não reside apenas nesse ponto o malogro da "condenação civil". Esta forma de realização de Justiça é tanto mais ineficiente na medida em que atua ***ex post facto***; isto é: depois de consumada a lesão. De regra, o seu cumprimento resulta em favor do vencedor um "verdadeiro prêmio de consolação", no dizer crítico de BARBOSA MOREIRA.

Entretanto, a efetividade do aparelho judicial está exatamente em "prevenir" o dano ao invés de prover de forma ressarcitória, atentando para a moderna doutrina preconizada, dentre tantos, por CANDIAM *in Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, no sentido de que a justiça deve prover acerca do "ilícito de lesão" e do "ilícito de perigo". Para os primeiros, funciona a condenação, para os segundos, há de se prover sob a forma de "inibição" porquanto, nesse caso não há lesão mas "*ha ragione di temere la violazione di um diritto*".

Enfrentemos, agora, a tormentosa questão das solenidades e ritualismos que postergam a prestação jurisdicional, porquanto o judiciário



não pode discricionariamente deixar de cumprir as etapas traçadas pelo legislador sob pena de violação do princípio, do *due process of law*, de eminência constitucional.

Os ritualismos propostos inegavelmente conspiram para a morosidade da prestação jurisdicional, encerrando um quadro gravíssimo não só de ineficiência mas também de violações aos mais mezesinhos anseios de justiça.

Afirmou-se em magnífica sede que "se a injustiça como violação à lei é má, a injustiça como sistema é intolerável"...

A tardança da resposta judicial sacrifica o jurisdicionado que clama por justiça imediata, mormente aquele que não tem condições de suportar o "Tempo de duração do processo". A par da frustração causada pelo advento da providência em momento já inoportuno e inútil, a demora da realização do valor de justiça revela quão inacessível se demonstra o acesso à Justiça pela parte mais débil.

A Convenção Europeia de Proteção das Liberdades Fundamentais, que ostenta a mesma eminência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assenta no artigo 6º, § 1º, que um país que não se desincumbe da prestação jurisdicional em prazo razoável tem uma "Justiça inacessível".

Outrossim, a perfeita exegese do canône constitucional do "acesso à justiça", segundo o qual "nenhuma lesão ou ameaça a direito escapará à apreciação do judiciário", pressupõe a sua efetividade, no sentido entrevisto por CHIOVENDA de que "ninguém deve sofrer o mais tênue prejuízo pelo fato de ter recorrido à Justiça".

Destarte, a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças à parte débil que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condições de arcar com essa lentidão, permitindo àquele



arrancar-lhe vantajosas concessões. Por esta razão, CAPPELLETTI, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: "a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres".

Por outro lado, e independentemente das condições dos litigantes, subjaz outro problema técnico derivado da morosidade.

A quem interessa a lentidão do processo? Ao autor que tem razão, ou ao réu que, através da utilização de supostas garantias, posterga o reconhecimento civilizado da justeza da pretensão do **ex adversus**? Ressalta evidente que o desnecessário decurso do tempo no processo repousa sobre os ombros de quem tem razão, em favor do abuso daquele ciente da sua posição desfavorável.

Ao ângulo axiológico, a parte que necessita de tempo para comprovar seu direito ou contra-direito é que deve suportar o "ônus do tempo no processo". Trata-se de uma conclusão dessumida dos princípios da "isonomia" e do "devido processo legal". Quanto ao primeiro, inegável reconhecer o desequilíbrio que se causa em projetar em alguém o ônus suportável por outrem.

Ao segundo aspecto, oferecer à parte que tem razão um processo delongado, ritual e moroso, é encerrar a consagração, às avessas, do **due process of law**, podendo mesmo aduzir-se a um "*indevido processo legal*". Resumindo esta distorção do sistema, a moderna doutrina processual italiana, da lavra de ÍTALO ANDOLIMA, na sua obra **Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale** detectou um "*dano marginal*" à parte "*specificamente causato dalla durata temporale del processo*".

Diante deste desanimador panorama, o que se aguarda para o terceiro milénio?



MARTIN HEIDEGGER afirma que toda pergunta envolve uma intuição do perguntado... e *in casu* a resposta também é intuitiva: "uma justiça rápida" que considere a ineficiência das formas usuais de realização do bem através da jurisdição, percebendo que as ritualidades são necessárias apenas para os denominados "casos de incerteza", já que no momento em que o juiz obtém a certeza - (não a verdade que é uma quimera sob a ótica do processo) - deve cessar a sua atividade especulativa e surgir uma decisão, relegando à parte que tem interesse na contraprova a assunção do ônus do tempo necessário ao alcance da exatidão de sua versão.

Por oportuno, não basta uma justiça rápida, senão também adequada.

Na prestação da justiça, o juiz deve considerar as necessidades do caso concreto, ajustando as formas às questões de fundo, para que estas não sejam sacrificadas em prestígio daquelas. A permissão de adaptação da realidade normativa à realidade prática, tão decantada por KANT, corresponde à efetivação do princípio de que "a todo direito corresponde uma ação que o assegura". PROTO PISANI preconiza a necessidade de combinações entre as diversas formas procedimentais no afã de atender às peculiaridades do caso concreto. "Non esiste un único processo che offra una única forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela purisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme de tutela e de delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio", in **Appunti Sulla Giustizia Civile**, p. 11-12.

Nesse seguimento, o legislador e o juiz do terceiro milênio hão de ter em mente que as "situações de periclitacão e as de evidência" merecem tutela imediata. A primeira, em face da possibilidade de dano



irreparável acaso a justiça não seja imediata. A segunda, porque em face de um "direito líquido e certo" não se revela justo o aguardar indefinido de uma resposta judicial, que não pode ser outra senão aquela que acompanha a prova inequívoca que conduz à verossimilhança e à probabilidade de êxito do alegado pela parte. Conforme tivemos oportunidade de expender *in* LUIZ FUX, "Tutela de Segurança e Tutela de Evidência", nossa tese aprovada quando da obtenção da titularidade em Processo Civil na Faculdade de Direito da UERJ, a defesa em juízo dos "direitos evidentes" e dos "direitos em estado de periclitção" reclamam um regime jurídico muito diverso daquele que é tradicional, orientado pela presteza e fungibilidade da prestação jurisdicional.

Destarte, quando se alvitra para o terceiro milênio a "realização imediata de justiça", por via reflexa, pugna-se pela imediatidade da satisfação do vencedor no plano prático.

As sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e delongada relação processual. A auto-executividade e a mandamentalidade das decisões é anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a "nova era" sem a correspondente consagração.

O juiz, além de servir como a "boca da lei", há de ser os seus "braços", realizando aquilo que definiu como justo, com soberania e coatividade no mesmo processo em que decidiu. Em consequência, suas decisões devem ser cumpridas sob severas penas, porquanto o descumprimento da decisão judicial atenta contra a soberania judiciária, abala a ordem e a paz. As decisões jurídicas hão de se transmutar de simples exortações para verdadeiras "ordens", passíveis de exigibilidade imediata pelo próprio poder que as produziu.

Os juizes passam a despir-se do traje burocrático-judicial para encerrar nas decisões que profiram, o império da lei e da justiça,



remontando ao prestígio alcançado pelo pretor romano, que atuava com *imperium iudiciis* e cuja influência logrou arregimentar notável prestígio à magistratura anglo-saxônica do *common law*.

Forçoso reconhecer que o descumprimento das sentenças como um "desacato judicial" é, sem dúvida, um reclamo atual da sociedade, que não mais se compadece com a necessidade da complementaridade de um processo de execução que admite todas as formas de postergação dos direitos do vencedor. PROTO PISANI, nos apontamentos citados, destaca trecho onde erige a "prisão" como meio de coerção capaz de compelir o vencido ao cumprimento da sentença, merecendo o repúdio da doutrina italiana capitaneada por SÉRGIO CHIARLOMI, sob o argumento de que haveria uma "Penalização do Processo Civil".

A razão perspectiva nos parece acompanhar PISANI, na medida em que a eventual restrição à liberdade não implicará retrocessos e inconstitucionalidades, já que aqui e alhures - países anglo-saxônicos - a prisão por dívida é vedada, não assim aquela decorrente do descumprimento voluntário e afrontoso de ordens judiciais. MOLINA PASQUEL esclarece na obra sobre *Contempt of Court-Correcciones Disciplinarias y Médios de Apremio*, n. 63, que a restrição à liberdade decorre do descumprimento do que consta do decreto de *specific performance* ou das *injunctions* e não pelo inadimplemento da obrigação no plano extrajudicial.

Last but not least, a lentidão e a conseqüente ineficiência da resposta judicial não representam, lamentavelmente, os únicos males contemporâneos da justiça.

A qualidade da decisão como decorrência de sua falta de adequação às expectativas sociais vem desencantando aqueles que se subsumem à autoridade do judiciário.



Nesta zona, a crise judicial confina com a crise da lei, porque no sistema adotado da tripartição dos poderes a matéria-prima com a qual o juiz trabalha é a lei, justa ou injusta, adequada ou inadequada à realidade social.

Em certa medida, a "justiça da decisão" depende da "justiça legal", porquanto o magistrado tem como atividade precípua a subsunção dos fatos às normas existentes. A lei preexiste e nem pode retroagir. Logo, a sentença como ato de definição judicial do justo não é senão a aplicação da lei ao caso concreto, ou, à vontade concreta da lei, como preferia CHIOVENDA. Variados exemplos de sistemas se apresentam à superação desse obstáculo para o terceiro milênio.

Em primeiro lugar, aquele que admite uma postura ideológica do magistrado e que se nos apresenta ilegítima, que é a de considerar a lei apenas "uma referência". Semelhante entendimento nos permitiria remontar à "Escola do Direito Livre" capitaneada por KANTOROWICZ, que até hoje não mereceu, senão, alusões didáticas e, à semelhança da denominada "Jurisprudência Sentimental" do juiz MAGNAUD, atravessou o firmamento jurídico da Europa como um meteoro; da sua trajetória curta e orilhante não restaram vestígios...

A jurisdição - e isto não se pode olvidar - é uma função popular e, decerto, o cidadão não descansaria tranquilo pudessem os juizes ser "os artesãos do caso concreto", gerando nefastas expectativas. MENDELSSONHN-BARTHOLDY, opondo-se à "livre indagação" assentou no início do século, na obra **Das Imperium des Richters**, p. 153 que: "O texto legal oferece dupla vantagem: é útil para o povo e protege o juiz. Constitui para este um vínculo, um grilhão, limite ao seu império. Outrora o julgador deliberava de acordo com a sua consciência; a desconfiança popular cobriu-o com a lei; serve esta de couraça para ele contra a

maledicência, mas também o amarra e imobiliza de modo que lhe não permite o anseio da onipotência".

A "anterioridade legal" é, realmente, fator de tranqüilização da opinião pública contra os eventuais despotismos da magistratura. As normas em branco tornam casuísticas as decisões judiciais, fazendo surgir uma temível discricionariedade a par das desigualdades possivelmente produzidas por decisões diversas proferidas em casos semelhantes. DEL VECHIO, na obra **In Sulla Positività come Carattere dei Diritto**, p. 17, advertiu, com preciosismo, para o valor da positividade como instrumento de "certeza", tão importante para o direito no doutrinar: "A pretensa liberdade na aplicação do Direito constitui, de fato, além de um paralogismo teórico, um perigo permanente contra a liberdade jurídica dos cidadãos, a qual tem exatamente uma das principais condições: a certeza do direito calcada, sobretudo, na soberania inconcussa da lei".

Subjaz, entretanto, a necessidade de superação da lei inadequada e injusta no momento de sua aplicação. Qual a resposta antevista pelos "novos tempos", repudiada a doutrina do direito ***contra legem?***

Em primeiro lugar, as expectativas da elaboração de leis socialmente justas repousa no citado pluralismo participativo.

Nada obstante, os juizes, no afã de implementar a tripartição e cumprir a lei, devem manter um vigilante pensamento crítico à dogmática e à hermenêutica tradicionais. Afinal, a norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, mas uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento, no dizer de MAX SALOMON - **Das Problem der Rechtsbegriffe** - p. 63-64.

Em consequência, a postura judicial que se aspira para o "terceiro milênio" é aquela que liberta o juiz da camisa de força de se



adstringir à literalidade, permitindo-o alcançar as realidades do ambiente em que atua, adaptando vetustos textos legais às novas expectativas e à dinâmica social, através da visão interdisciplinar do fenômeno jurídico.

As sentenças deverão ostentar como requisito intrínseco de validade "a justiça que encerram", vindo, ao depois, a verificação da adequada "roupagem jurídica". Uma sentença em que se constrói o "jurídico" antes do "justo", se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo... Em suma, numa visão Aristotélica, caberá à magistratura, no primeiro momento, *secundum legis*, construir a "justiça do caso concreto", ensejando uma era frutuosa de notável "poder criativo dos juizes".

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, na sua notável **Crítica à Dogmática e à Hermenêutica Jurídica**, almeja essa era do poder judicial criativo que enseje a harmonia social e o aperfeiçoamento da ordem jurídica; "um poder que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica".

Enfim, um juiz humanizado e que empreste essa sensibilidade à sua Função, para que o tempo testemunhe a luta da justiça em prol da vida e da esperança do homem.

Advirta-se, no entanto, que não há aspirações que não passem pela premissa do "humano".

O direito e as sentenças valerão tanto quanto valham os operadores jurídicos do terceiro milênio. PLATÃO, cuja utopia tanto sucumbiu ao racionalismo aristotélico, legou à história uma afirmação



insuperável: "Não pode haver justiça sem homens justos", o que nos conduz à reflexão, quanto à derradeira crise neste ocaso de milênio: "a Crise do Ensino Jurídico".

A CRISE DO ENSINO JURÍDICO

A experiência jurídica nos seus momentos de produção e de aplicação trazem de volta à cena os nossos dois grandes astros: a Lei e a Justiça.

As crises enfocadas quanto a ambos, subsumidas na neutralidade do homem jurídico em relação às expectativas da comunidade, têm como estuário comum a inegável influência do ensino jurídico. É através deste que o operador do direito, na acepção ampla do vocábulo, adquire a sua visão do prisco e de suas configurações.

Neste processo de intelectualização jurídica, o estudante, de regra, é instado a pensar o direito como um conjunto de preceitos, sem que se lhes descortine as virtualidades das leis, os antecedentes de sua criação, um juízo valorativo à luz dos campos do "ser" e do "dever ser".

A tendência desta postura corriqueira se envereda no caminho da formação de positivistas, os quais, inafastavelmente restarão por plasmar nas múltiplas atividades que venham a exercer, a obscuridade de suas culturas e o absenteísmo de suas sensibilidades.

PLAUTO FARACO, mais uma vez nas digressões antes citadas leciona: "Esta situação denota mais do que uma lacuna importante no aprendizado jurídico. E ela indicativa de que o ensino funciona como um sistema fechado em que gravitam conceitos jurídicos, cultivados com elevado grau de abstração que o afasta dos dados sociais reais, a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendram..."



A não ser pela inércia de um discurso ideológico secularmente veiculado pelas Faculdades de Direito e, em consequência, reproduzido em grande parte da literatura jurídica, não há porque pretender circunscrever a investigação realizada pela Dogmática jurídica à enunciação de "puros juízos de constatação", rigidamente separados de quaisquer outras indagações a ela referentes.

O "pensar" estritamente dogmático, engessado pelo reducionismo lógico-formalista, faz escapar ao estudante de Direito a ***ratio essendi*** da matéria-prima que adquire nas faculdades e que se destina à solução dos "multifários dramas humanos".

Como formar homens sensíveis, justos, críticos, se o estudo do Direito se perfaz em circuito fechado, em que a contemplação da norma estática encerra a um só tempo o juízo de valor e o juízo da realidade? Qual o espaço acadêmico para o desenvolvimento do pensamento crítico?

O terceiro milênio reclama uma opção translúcida sobre a proposta universitária no campo do direito.

Impossível é resistir aos nossos invasores, porquanto o estudo do Direito sem a necessária visão interdisciplinar, afasta o jurista do mundo, criando um universo apartado da realidade onde sobressaem a limitação, a perplexidade e a notável perda de prestígio, frustrando os anseios e as esperanças que se depositam historicamente nos corações e nas mentes dos "bacharéis".

A ênfase à visão interdisciplinar do direito, recolocando-se no altar-mor a que fazem jus a filosofia, a sociologia, a hermenêutica e a história das instituições, atenderá à sagrada missão do sacerdócio do magistério.



Enfim, retomando KIRCHMAN, pretendemos alcançar um novo firmamento, com outro brilho para nossas estrelas maiores, a saber: a Lei e a Justiça, que encantam nossos sonhos, frequentam nossas vidas e alimentam nossas esperanças.

O caminho, sabemos, é árduo; por ele passaram as mentes mais privilegiadas da humanidade, de Platão a Kant; em prol da disseminação dessa virtude que é a justiça, o Senhor de todas as idéias e de todas as palavras morreu na cruz, mas este ainda é o sonho da humanidade. É o grande valor sobre o qual repousam as perspectivas do terceiro milênio a desafiar a sensibilidade dos homens sob a forma de indagação: o que é Justiça?

As nossas propostas talvez não confirmem a resposta, senão indicam uma nova forma de perguntar.

KARL ENGISCH, na sua **Introdução ao Pensamento Crítico**, nos revela que por vezes não se deve buscar a resposta, senão mudar a forma de indagar, e exemplifica: num determinado dia o metro de uma grande metrópole amanheceu com todas as paredes pichadas com os seguintes dizeres "GOD IS THE ANSWER!" (Deus é a resposta!). No dia seguinte, as paredes apresentavam, abaixo, uma nova pichação: "WHAT IS THE QUESTION?" (Qual é a pergunta?).

Por hoje, nem a pergunta e nem a resposta, mas a certeza de que um novo tempo se avizinha e de que vamos ao encontro dele, com a fé que nos tranquiliza a alma, com a serenidade de que lutamos em prol do bem e da verdade e com a independência de consciência do poeta FERNANDO PESSOA:

"Não se pode servir à sua época e à todas as épocas ao mesmo tempo;

Nem escrever para homens e Deuses o mesmo poema".

